

ウィーン売買条約 (CISG) における 証明責任の規律をめぐって

—グローバル市場における契約の規制と制御

吉 政 知 広

I. はじめに

改めて指摘するまでもなく、グローバル化¹⁾と呼ばれる現象は多様な側面を有している。そのため、グローバル化の進展に伴って対応が求められている課題には様々なものがあるが、諸々の課題の中でも、人々が財を交換する場である市場²⁾のグローバル化にどのように応接するかという課題がとりわけ重要であることについて、強い異論はないであろう。

市場のグローバル化に応接する動きとして、私法学の観点から注目されるのは、私法の様々な領域において進められている法統一である³⁾。市場を支える最も基本的な法技術である契約法についても、法統一へ向けた様々なイニシアティブが進められてきており、各種の条約のほか、モデル法に代表される非国家法など、様々な成果が現れている。

これらの成果は、グローバル化の進む市場の基盤を提供することを主たる目的としており、その運用・適用を考えるにあたっては、国境を超えて行なわれる取引を支援・促進す

1) グローバル化の定義としては様々なものが考えられるが、下記の本稿の問題関心からは、藤谷武史による「国家の単位で仕切られた〈社会〉と、当該社会に妥当しこれを規律する〈法〉秩序、の一一対一対応が崩れたと認識される状況」という定義が有益である(藤谷武史「グローバル化と公法・私法の再編」浅野有紀ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂・2015年)336頁)。

2) 財を交換する場としての市場の意義とその変容について、平井宜雄『債権各論I上—契約総論』(弘文堂・2008年)28頁以下。平井は、「市場機構をどのように把握すればよいのか」という問題を、民法学が取り組むべき「最も根本的な問題」と位置づけている(「シンポジウム：転換期の民法学—方法と課題」(平井コメント)私法60号(1998年)51頁)。

3) 私法分野における法統一の包括的な検討として、曾野裕夫ほか『私法統一の現状と課題』別冊NBL144号(商事法務・2013年)。法統一の展開については、西谷祐子「法統一の展開と非国家法の意義(1)」民商法雑誌153巻5号(2017年)38頁を参照。

るためにどのような規律が望ましいのかという視点が何よりも重要な意味をもつ。もっとも、その一方で、市場において当事者の締結する契約が、契約自由（私的自治）の原則の下、国家法、条約などによる規律を逸脱していく動きを見せる今日の下⁴⁾、各国がこうした動きにどのように対応するかという問題——契約の規制・制御⁵⁾のあり方——も、喫緊の検討課題となっている。グローバル市場においては、契約自由と各種の法規範による規制・制御の相克が、これまで国内法において論じられてきたよりも複雑な形で問題となっているのである。

日本の契約法学に目を向けると、確かにこれまでも、私法統一へ向けた様々なイニシアティブの意義や内容について精力的に研究が進められてきた。しかし、外国法の研究を通じて日本法の解釈論に有益な視点を析出するという日本の法律学——とりわけ民法学——のスタイルが影響しているのか、日本における研究では、法統一へ向けた動きはもっぱら観察・摂取の対象として位置づけられるのが一般的である。法統一の成果である条約やモデル法が実際に適用される場面で生じる問題に目を向けた研究や、国境を超えて行なわれる取引に各国がどのようにかかわっていくべきなのかという問題関心にでた研究は決して多くない。

こうした状況を踏まえて、本稿では、私法分野において最も成功した法統一の一つであると評されている、ウィーン売買条約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG）を素材として、同条約における証明責任の規律という問題について検討を行なう。この問題は、同条約を実際に適用して紛争解決を図る際に重要な意味をもっているだけでなく、以下の検討を通じて明らかにするとおり、統一法、各国法、および、当事者が締結する契約という三者の相互関係を考えるにあたって、興味深い素材であると考えられる。

以下では、まずIIにおいて、証明責任がウィーン売買条約の規律の対象であるのかという問題をめぐる一般的な議論状況を概観する。引き続きIIIでは、物品の契約不適合性の

4) 本稿の検討対象である国際売買法に限ってもレベルの異なる様々な問題が存在する。まず、本稿で取り上げるウィーン売買条約の規定はほぼすべてが任意規定であり、当事者は条約の規定とは異なる定めをすることができる。そもそも、当事者は同条約の適用を排除することも自由である（以上について、同条約6条）。次に、準拠法の選択についても、広く当事者の私的自治が認められており（法の適用に関する通則法7条）、非国家法を準拠法として選択することが認められるかという問題も議論されている（中野俊一郎「国際訴訟・国際仲裁と非国家法の適用」山本顯治編『紛争と対話』（法律文化社・2007年）200頁、横溝大「抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察——序論的検討」筑波ロー・ジャーナル6号（2009年）3頁、同「グローバル法多元主義の下での抵触法」論究ジュリスト23号（2017年）79頁）。

5) 本稿では、民法学者が「契約の内容規制」などという際に考えているよりも広い意味で、市場というメカニズムを通じたコントロールを含めて、規制・制御という概念を理解している。この点について、松尾陽「規制形態論への前哨——規制の分散化と規制作用の静態的分析」近畿大学法学60巻1号（2012年）119頁を参照。

証明責任をめぐる議論状況を紹介する。IV では、ウィーン売買条約における証明責任の規律という問題が、上記の問題関心から見た場合にどのような意味を有しているのか、若干の考察を試みる。

II. ウィーン売買条約と証明責任の規律

1. 問題の所在

ウィーン売買条約は、同条約1条から3条に基づいて適用対象とされる売買契約の「成立」と「売買契約から生ずる売主及び買主の権利及び義務についてのみ規律する」(4条)、加盟国の裁判所が同条約を適用し、売買契約の成否や当事者の権利義務の有無・内容を判断するにあたっては、同条約に定められた規範の要件の充足の有無をいずれの当事者が証明しなければならないかが問題となるが、同条約は証明責任に関する一般的な準則などを定めてはいない。証明に関する問題に言及する条文としては、方式の自由を定めた11条のほか、債務者が「自己の義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じたこと及び契約の締結時に当該障害を考慮することも、当該障害又はその結果を回避し、又は克服することも自己に合理的に期待することができなかつたことを証明する (prove) 場合に」免責される旨を定めた79条1項が存在するだけである。その他の条文は証明に関する問題に言及していないため、証明責任という問題がそもそもウィーン売買条約の規律の対象であるのか、そして、規律の対象であるとする、どのような基準に照らして証明責任を分配すればよいのかが問題とされてきた。

2. ウィーン売買条約の起草過程と証明責任

この問題に関して、比較的早い時期に出版された有力な注釈書には、ウィーン売買条約の起草過程を根拠として、証明責任という問題は同条約の規律の対象ではないと論じるものがある⁶⁾。その根拠として、重大な契約違反に関する25条の起草過程があげられている。同条は、「当事者の一方が行った契約違反は、相手方がその契約に基づいて期待することができたものを実質的に奪うような不利益を当該相手方に生じさせる場合には、重大なも

6) Warren Khoo, *in* COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW. THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION 39 (Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell eds., 1987).

のとする。ただし (unless), 契約違反を行った当事者がそのような結果を予見せず, かつ, 同様の状況の下において当該当事者と同種の合理的な者がそのような結果を予見しなかったであろう場合には, この限りでない。」と規定している。外交会議において, 25 条但書を「ただし, 契約違反を行った当事者が・・・を予見しなかったことを証明した (prove) 場合には, この限りでない」という文言に変更する提案がエジプトから示されたが, それが容れられなかったという経緯があり, その際に, 複数の出席者から, 証明責任は手続的な問題であって, 条約の規律の対象とするのは適切でないという意見が示されていたのである⁷⁾。

もっとも, その後の研究では, 25 条の起草過程を根拠として証明責任がウィーン売買条約の規律の対象ではないという結論を導き出すのは適切でないと指摘されている。それによると, 外交会議に提出された草案の起草過程にまでさかのぼって検討すると, 「ただし (unless)・・・この限りでない」という文言が採用されたのは, 「そのような結果」が予見できなかったものであることの証明責任を, 契約違反をした当事者に負わせるためであることが明らかである⁸⁾。実際, 草案に付された UNCITRAL 事務局の注釈においても, 契約違反をした当事者が「そのような結果」を「予見せず, かつ, 予見すべき理由を有しなかった」ことを証明しなければ, 契約違反は重大なものと評価されるという記述がみられる⁹⁾。外交会議においても, この点は異論なく受け入れられていたものであり, エジプトの提案が容れられなかった事実をもって, 証明責任を条約の規律の対象から外すという決定がされたと判断するのは誤りであると指摘されている¹⁰⁾。

3. ウィーン売買条約による証明責任の規律

(1) 規律の対象とするべき理由

今日では, ドイツ語圏を中心として, 証明責任はウィーン売買条約の規律の対象である

7) United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March -11 April 1980, Official Records, 295-298 (= JOHN HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES 516-519 (1989)).

8) ウィーン売買条約 25 条に至る草案の起草過程を紹介する論稿として, Shinichiro Michida, Cancellation of Contract, 27 Am. J. Comp. L. 279 (1979) を参照。

9) Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, U.N. Doc. A/CONF. 97/5 (14 March 1979), Art. 23, para 4 (= Honnold, *supra* note 7, at 416) (吉川吉樹訳=曾野裕夫補訳『注釈 ウィーン売買条約最終草案』(商事法務・2015 年) 73 頁)。

10) 以上について, Michael Henninger, Die Frage der Beweislast im Rahmen des UN-Kaufrechts, 1995, S. 176ff.; Clemens Antweiler, Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht, 1995, S. 58ff.; Reinhard Jung, Die Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht, 1996, S. 28ff. を参照。

と考える見解が支配的である。その根拠として、上記の 79 条のように証明責任に明示的に言及する条文が存在するという事実のほか、次のようなものが一般的にあげられている。

第 1 に、証明責任という問題は、当事者間の権利義務を定める規範と密接に結びついたものであるという点が指摘されている¹¹⁾。つまり、証明責任規範は、主要事実の存否が不明である場合に裁判所がどのように判決するべきかを定めるものであり、権利義務に関する規範と不可分であるといえる。したがって、ウィーン売買条約が売買契約の当事者の権利義務のみを規定しており、証明責任規範は規律の対象ではないという理解は適切でないと主張されている¹²⁾。

第 2 に、ウィーン売買条約の意義からしてより重要なこととして、証明責任が同条約の規律の対象ではないとすると、条約の統一的な適用の要請 (7 条 1 項参照) に反すると指摘されている¹³⁾。証明責任に関して加盟国法の適用などを認める場合、裁判所によって結論が異なる場合がでてくることは避けられず、条約の最大の目的である売買契約法の統一を達成することができなくなり、フォーラムショッピングが行なわれる危険性を生じさせることにもなってしまうわけである。

(2) 証明度の扱い

ウィーン売買条約の統一的な適用という観点を重視する場合、証明責任だけでなく、証明度についても統一を図ることが望ましいといえる。このような観点から、売買契約法の

11) モノグラフィとして、Henninger, a.a.O. (Fn. 10), S. 153ff.; Antweiler, a.a.O. (Fn. 10), S. 69ff.; Jung, a.a.O. (Fn. 10), S. 37f.; Tobias Malte Müller, *Ausgewählte Fragen der Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung*, 2005, S. 32f. コメントールにおける記述として、Baumgärtel/Laumen/Prütting, *Handbuch der Beweislast: Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil I*, 3. Auf., 2009, Vor Art. 1, Rn. 10 (-Reinhard Hepting/ Tobias M. Müller); Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger, *Internationales Vertragsrecht: RomI-VO · CISG · CMR · FactÜ*, 2. Auf., 2012, Art. 4, Rn. 11 (-Ingo Sanger); Schlechtriem/Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6. Auf., 2013, Art. 4, Rn. 49 (-Franco Ferrari); *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 5, 3. Auf., 2013, CISG Art. 4, Rn. 23 (-Christoph Benicke); J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Neub. 2018, Art. 4, Rn. 64 (-Ulrich Magnus).

12) 以上の論拠は、日本の国際民事訴訟法において、証明責任に関して実体準拠法を適用するべき理由として、証明責任が実体法の定める権利と密接に関連する事項であると指摘されていることと軌を一にするといえる (斎藤秀雄ほか編『*注解民事訴訟法 (5) [第 2 版]*』(第一法規・1991) 419 頁 [山本和彦] など)。

13) Baumgärtel/Laumen/Prütting, *Handbuch der Beweislast* (-Hepting/Müller), a.a.O. (Fn. 11), Vor Art. 1, Rn. 13; *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (-Benicke), a.a.O. (Fn. 11), CISG Art. 4, Rn. 23; Ingeborg Schwenzer & Pascal Hachem *in COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG)* 84 (Ingeborg Schwenzer ed., 4th ed. 2016); Peter Schlechtriem/Ulrich G. Schroeter, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Auf., 2016, S. 105f. さらに、証明責任に関して法廷地法を適用した場合、および、法廷地の国際私法を適用した場合の帰結について検討するものとして、Antweiler, a.a.O. (Fn. 10), S. 36ff. も参照。

統一を強く主張する論者は、証明度も条約の規律の対象であると考えべきだと主張している¹⁴⁾。具体的には、ウィーン売買条約のいくつかの条文において「合理的な者(reasonable person)」という文言が採用されていることや、アメリカ法律協会(ALI)とUNIDROITの作成した国際民事訴訟原則(ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure) 21.1条などを手がかりとして、合理的な確実性(reasonable degree of certainty)を基準とすることが提唱されている¹⁵⁾。

もっとも、このような理解が現時点において広く受けいられているとは言い難い。証明度という問題は手続法と密接に結びついたものであるため、法廷地法が適用されるべきだと考える見解がドイツ語圏においても多数派である¹⁶⁾。

(3) 証明責任に関する準則

今日の通説的な理解にしたがって、証明責任がウィーン売買条約の規律の対象であると考えられる場合、次に、具体的にどのような基準によって証明責任を分配するべきかが問題となる。

すでに触れたとおり、ウィーン売買条約は、この問題に関する一般的な規定を置いていない。そのため、証明責任という問題は、「この条約が規律する事項に関する問題であって、この条約において明示的に解決されていないもの」(7条1項)に該当することになる。こうした条約の欠缺——条約の規律の対象ではない事項(external gap)と対比してinternal gapとも呼ばれる——は、7条1項により、「条約の基礎を成す一般原則」にしたがって補充されるべきことになる。「条約の基礎を成す一般原則」としてどのようなものが存在するのか、条約の規定を横断的に観察して析出することなどが試みられている¹⁷⁾が、

14) Schwenzer & Hachem, *supra* note 13, at 85. さらに、Schwenzer, *Divergent Interpretations: Reasons and Solutions in INTERNATIONAL SALES LAW: A GLOBAL CHALLENGE* 102, 114 (Larry A. DiMatteo ed., 2014) では、証明責任と証明度という問題について加盟国法の適用を認めることは、ウィーン売買条約の精神に反する“homeward trend”にほかならないとまで述べられている。証明度もウィーン売買条約の規律の対象であるという主張を支持するものとして、Milena Djordjevic *in UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)* 81-82 (Stefan Kröll et al eds., 2011); Thomas Koller/ Marc André Mauerhofer, *Das Beweismass im UN-Kaufrecht (CISG)*, in: *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bd. I, 2011, S.963がある。

15) Schlechtriem/Schwenzer (-Schwenzer), a.a.O. (Fn. 11), Art. 74, Rn. 65.

16) Internationales Vertragsrecht (-Saenger), a.a.O. (Fn. 11), Art. 4, Rn. 11; Schlechtriem/Schroeter, a.a.O. (Fn. 13), S. 101; Staudingers Kommentar (-Magnus), a.a.O. (Fn. 11), Art. 4, Rn. 70など。

17) 影響力の大きい文献として、Michael Joachim Bonell, *in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW. THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION* 78-82 (Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell eds., 1987); Ulrich Magnus, *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469; JOHN O. HONNOLD, *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS*

証明責任に関しては一般的に次のような準則が支持されている¹⁸⁾。

まず、当事者は、自らの権利を基礎づける規範の要件について証明責任を負う。これに対して、相手方は、当該権利の行使を否定する例外的な規範の要件について証明責任を負うと考えられている。こうした原則・例外準則 (rule and exception principle) は、上記の79条1項のほか、25条、2条a号、35条2項b号といった「ただし (unless, except where)・・・この限りでない」という文言を採用している条文から導き出すことができると考えられている。さらに、この準則は、ローマ法源 (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat) にも連なるものであり、加盟国においても広く承認されたものだと指摘されている。

さらに、原則・例外準則は一定の場合に修正が必要であることも一般的に認められている。広く支持されている考え方として、当事者の一方が責任を負うべき領域に存在する事実については、証拠への近接性 (proof proximity, Beweisnähe) を理由に、当該領域を支配する当事者が証明責任を負うべきであるというものがある。

4. 問題の指摘

ここまで見てきたように、ドイツ語圏を中心として、証明責任はウィーン売買条約の規律の対象であるという理解が一般的になっているところ、近時、アメリカの有力な同条約研究者であるフレヒトナー (Harry M. Flechtner) から、こうした理解に対する興味深い問題提起がされている¹⁹⁾。

CONVENTION 142-148 (Harry M. Flechtner ed., 4th ed. 2009) (*hereinafter*, Honnold/Flechtner) をあげることができる。この問題に関する邦語文献として、笠井修「国際動産取引における法の統一と法適用 (解釈・欠缺補充) の統一——CISG 第7条がめざすもの」川井健先生傘寿記念論文集『取引法の変容と新たな展開』(日本評論社・2007年) 12頁も参照。

18) 以下の整理は、主として、Magnus, a.a.O. (Fn. 17), S. 489f.; Franco Ferrari, Burden of Proof under the CISG, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (2000-2001) 1; Staudingers Kommentar (-Magnus), a.a.O. (Fn. 11), Art. 4, Rn. 67-69 による。モノグラフィにおける分析として、Henninger, a.a.O. (Fn. 10), S. 192ff.; Antweiler, a.a.O. (Fn. 10), S. 77ff.; Jung, a.a.O. (Fn. 10), S. 44ff.; Müller, a.a.O. (Fn. 11), S. 36ff. も参照。

19) Harry M. Flechtner, Moving Through Tradition Towards Universalism under the U.N. Sales Convention (CISG): Notice of Lack of Conformity (Article 39) and Burden of Proof in the Bundesgerichtshof Opinion of 30 June 2004 in LIBER MEMORIALIS PETAR ŠARČEVIĆ: UNIVERSALISM, TRADITION AND THE INDIVIDUAL 457, 466-470 (J. Erauw et al. eds, 2006) (*hereinafter*, Flechtner, *Notice of Lack of Conformity*); Flechtner, Selected Issues Relating to the CISG's Scope of Application, 13 The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration 91, 102-106 (2009) (*hereinafter*, Flechtner, *Selected Issues*) のほか、フレヒトナーが補訂を担当した Honnold/Flechtner, *supra* note 17, at 86-92. 証明度と証明の方法に関して同様の議論を展開するものとして、Flechtner, Decisions on Conformity of Goods

フレヒトナーは、多くの論者が主張するように、ウィーン売買条約が証明責任を規律していると考えることが売買契約法の統一に資することを認めた上で、条約の欠缺を補充するべく「条約の基礎を成す一般原則」から導き出される証明責任の分配に関する準則は、すべての加盟国において等しく妥当するものでなければならないと指摘している。しかし、ドイツ語圏でしばしばあげられる証拠の近接性という基準は、ドイツなどの裁判所では適切な形で機能するとしても、ディスクバリー制度が存在するアメリカの民事訴訟制度の下で同様の意義をもつわけではないと考えられる。こうした点をとらえて、フレヒトナーは、証明責任に関する準則がそれぞれの司法手続に埋め込まれた性格を有していることを強調し、ウィーン売買条約の起草者たちが明文の規定をもって証明責任の分配を決定している場合を除いて、証明責任という問題は同条約の規律の対象外であり、加盟国法の適用によって解決されるべきものであると主張している。

以上のようなフレヒトナーの問題提起は、ドイツでも一定の説得力をもつものとして受け止められているようである。例えば、シュレヒトリーム (Peter Schlechtriem) の手になる、ウィーン売買条約に関するドイツの代表的な教科書では、以前の版では条約に内在する証明責任に関する準則を明らかにしていくべきことが強調されていた²⁰⁾ のに対して、シュレヒトリームの死後にシュレーター (Ulrich G. Schroeter) によって補訂された版では、フレヒトナーの批判は正当なものであって、従来のドイツ語圏の通説的な理解には疑問があるという記述がされるに至っている²¹⁾。

III. 物品の契約適合性の証明責任

ここまで、証明責任がウィーン売買条約の規律の対象であるのかという問題に関する、

under Article 35 of the UN Sales Convention (CISG): The ‘Mussels Case’, Evidentiary Standards for Lack of Conformity, and the ‘Default Rule’ vs. ‘Cumulative’ Views of Implied Conformity Obligations *in* CURRENT ISSUES IN THE CISG AND ARBITRATION 177, 182-187 (Ingeborg Schwenzer et al. eds., 2014).

さらに、フレヒトナーは、ウィーン売買条約の下での弁護士費用の賠償請求の可否という問題についても、同様の問題意識に基づく議論を展開している。Flechtner, Recovering Attorneys’ Fees as Damages under the U.N. Sales Convention (CISG): The Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on Zapata Hermanos v. Hearthside Baking, 22 J. Int’l. L. & Bus. 121 (2002); Flechtner & Joseph Lookofsky, Zapata Retold: Attorneys’ Fees are (Still) Not Governed by the CISG, 26 J.L. & Com. 1 (2007). この問題については、柏木昇「ウィーン売買条約と弁護士費用の請求——CISGと手続法」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策 下巻』(商事法務・2008年) 699頁を参照。

20) Peter Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 3. Auf., 2005, S. 47.

21) Schlechtriem/Schroeter, a.a.O. (Fn. 13), S. 100f.

一般的な議論状況を見てきた。次に、証明責任の所在がしばしば争われる問題の一つである、物品の契約適合性という問題に即して、ここまでみてきた議論が具体的にどのような形で問題となるのかを確認したい。

1. 物品の契約適合性に関する規律

ウィーン売買条約は、物品の契約適合性に関して、次のような規律を定めている²²⁾。

同条約の下では、売主は「契約に定める数量、品質及び種類に適合し、かつ、契約に定める方法で収納され、又は包装された物品を引き渡す義務を負う (35 条 1 項)。物品が契約に適合したものであるか否かは、当事者の合意のほか、35 条 2 項の定める基準に基づいて判断される。判断の基準時は、危険の移転時である (36 条 1 項) (危険の移転時期については 67 条以下が規定している)。

売主がこの義務に違反した場合、買主は、履行請求 (46 条 1 項) (代替品の引渡しについて同条 2 項、修補請求について同条 3 項)、契約の解除 (49 条)、代金の減額 (50 条)、損害賠償 (74 条以下) という救済を利用することができる。もっとも、買主は、売主が物品の不適合を知り、または知らないことがあり得ず、売主がそれを買主に明らかにしなかった場合を除いて (40 条参照)、物品の不適合を発見し、または発見すべきであった時から合理的な期間内に売主に対して不適合の性質を特定した通知を行わなければ、これらの救済を利用することができなくなる (39 条 1 項)。

物品が売主に引き渡されから一定の期間が経過した後には物品の不適合性が判明する場合や、物品の運送を伴う契約においては、いずれの当事者が危険移転時における物品の不適合性の証明責任を負うのかという点が重要な問題となる。

2. 35 条の起草過程

ウィーン売買条約の草案の起草段階では、35 条についても、西ドイツ代表団から物品の不適合性の証明責任に関する明文の規定を置くことが提案されていた。同代表団は、検査期間の経過前は売主が物品の契約適合性の証明責任を負担し、期間の経過後は買主が不適合性の証明責任を負う旨の規定を置くことを提案していた。しかし、こうした提案も、

22) 詳しくは、曾野裕夫「ウィーン売買条約 (CISG) における瑕疵担保責任の不存在とその理由」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社・2009 年) 117 頁、潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和編『概説 国際物品売買条約』(法律文化社・2010 年) 81 頁以下〔潮見〕。

条約において証明・手続に関する問題を取り上げることは適切でないという理由で容れられなかったという経緯がある²³⁾。

もともと、このような経緯も、証明責任が条約の規律の対象ではないと考える根拠にはならないと指摘されている。すなわち、買主が通知をしなかった場合の例外的救済を定める44条の起草に際して、外交会議では、物品の不適合性の証明責任について規定する必要はないという意見と、条文において証明責任に言及するのが望ましいという意見の両方が示されており²⁴⁾、出席者の間でこの問題に関する意見の一致があったわけではないと評価すべきだと指摘されている²⁵⁾。

3. 学説における議論

(1) 初期の議論

初期の学説は、自らが適切だと考える「一般原則」を措定し、そこから物品の契約適合性の証明責任についても結論を導き出す傾向にあったといえる。

例えば、フーバー (Ulrich Huber) は、UNCITRAL 1978年草案を詳細に分析した論稿において、契約適合性の証明責任という問題は売買実体法の問題であってウィーン売買条約の規律の対象であるという理解を示した上で、債務者が自らの債務の履行について証明責任を負うという一般原則によってこの欠缺を補充しなければならないと論じている。このようなフーバーの理解によると、物品が危険移転時に契約に適合していたことについて、売主が証明責任を負うことになる²⁶⁾。

これに対して、初期に大きな影響力をもった上記の注釈書においては、異なった一般原則が承認されている。ビアンカ (Cesare Massimo Bianca) は、受領された物品について違反の事実を証明する負担は買主が負う旨を定めたUCC 2-607条4項などに言及しつつ、責任を追及しようとしている当事者において、相手方の不履行を証明しなければならないのが国際取引において承認された原則であるとして、ウィーン売買条約の下でも、買主が

23) Yearbook VIII (1977) 37 para 177-178 (= Honnold, *supra* note 7, at 330).

24) United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March -11 April 1980, Official Records, 346 (= Honnold, *supra* note 7, at 567).

25) 以上について Antweiler, a.a.O. (Fn. 10), S. 62ff.

26) Ulrich Huber, Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, *RabelsZ* 43 (1979), S. 413, 480. なお、興味深いことに、フーバーは、その後、法廷地法によって証明責任の所在が定められるべきだという見解に改説している。Ernst von Caemmerer/Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 1990, Art. 46, Rn. 18c, 22 (-Huber).

危険移転時における物品の不適合性を証明しなければならないと主張している²⁷⁾。

(2) 証明責任に関する準則の適用

その後、上述のように、ドイツ語圏を中心として、証明責任に関する準則が詳しく論じられるようになっていくことを受けて、物品の契約適合性についてもより精緻な議論が展開されている。仔細を見ると様々な見解が主張されているが、議論の到達点の一つと位置づけられるものとして、クレル (Stefan Kröll) の見解がある²⁸⁾。

クレルは、不適合性の判断基準の証明責任と、物品がその基準に適合しているか否かの証明責任を区別して議論を展開している。クレルによると、まず、不適合性の判断基準については、35条2項(a)によって、「同種の物品が通常使用されるであろう目的に適したものであること」という基準がデフォルト・ルールになる。異なる基準が妥当すると主張する当事者は、上述の原則・例外準則に基づいて、当事者間で異なる合意が存在することなどを証明しなければならない。

これに対して、問題となっている物品が基準に適合しているか否かの証明責任については、証拠への近接性という視点が重要な意味をもつ。物品を占有している者が物品の適合性・不適合性に関する証拠を有するのが一般的であるため、買主が何ら留保をすることなく物品の引渡しを受け取った場合、その時点以降は、買主が物品の不適合性について証明責任を負う。もっとも、当該不適合性が危険移転時に存在したことの証明は困難な場合もあるとして、クレルは、そのような場合には一応の証明 (prima facie evidence) などの手段によって対応するべきだと主張している。以上に対して、物品の引渡しの時点まで、あるいは、買主が適合性に関して留保を付して物品の引渡しを受け取った場合には、売主が物品の適合性について証明責任を負う。

クレルのように、物品の引渡しの受領を基準として証明責任の所在が異なってくると考える見解は、ドイツのコンメンタールなどにおいて広く支持されている²⁹⁾ ほか、同様の

27) Cesare Massimo Bianca, *in* COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW. THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION 287-288 (Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell eds., 1987).

28) 以下は、Stefan Kröll, *The Burden of Proof for the Non-Conformity of Goods under Art. 35 CISG*, 3 *Belgrade Law Review* 162 (2011) (INTERNATIONAL SALES LAW: VOLUME II 130 (Franco Ferrari & Clayton P. Gillette eds. 2017) 所収) ; Kröll *in* UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) 535-537 (Stefan Kröll et al eds., 2011) による。

29) Internationales Vertragsrecht (-Ferrari), a.a.O. (Fn. 11), Art. 35, Rn. 31; Schlechtriem/Schwenzer (-Schwenzer), a.a.O. (Fn. 11), Art. 35, Rn. 51-53; Staudingers Kommentar (-Magnus), a.a.O. (Fn. 11), Art. 35, Rn. 55 など。日本における解説としては、甲斐道太郎=石田喜久夫=田中英司編『注釈 国際統一売買法 I ウィーン売買条約』(法律文化社・2000年) 280頁・285頁〔鹿野菜穂子〕が、このような見解を支持するようである。

理解に立つ裁判例・仲裁判断例も存在する^{30), 31)}。

4. 問題の指摘

証明責任という問題がウィーン売買条約の規律の対象であると考えすることに批判的なフレヒトナーは、物品の契約適合性の証明責任についても、ドイツ連邦裁判所 (BGH) の判決を取り上げて、通説的な理解に疑問を呈している。

フレヒトナーが取り上げているのは、BGHの2002年1月9日の判決(粉ミルク事件)³²⁾である。同判決では、いずれの時点で粉ミルクに酵素が混入し、味の劣化を生じさせることになったのが問題となった。BGHは、ウィーン売買条約の下では買主が危険移転時の物品の不適合性について証明責任を負うのが原則であるとしつつも、本件では売主が少なくとも一部の粉ミルクについて不適合性を承認していたという事情があるため、ドイツ国内法に基づいて証明責任の転換が認められるという判断を示した。その理由として、BGHは、ウィーン売買条約は売買契約の成立と売主・買主の権利・義務のみを規律の対象とするところ、当事者による不適合性の承認という問題は売買法に特有のものではなく、一般的な法律問題であり、また、国際取引の事實的・法的側面と密接に関連するものではないため、同条約の規律の対象ではないと述べている。

こうしたBGHの判断に対して、フレヒトナーは、「一般的な法律問題」であるか否か、あるいは、国際取引と密接に関連するか否かといった微妙な判断を各国の裁判所に求めることは売買契約法の不統一をもたらす原因になるだけであるため、明示的な規定がある場合を除いて、証明責任という問題は条約の規律の対象ではないと考えるほうが望ましいと

30) ウィーン売買条約における契約不適合性の証明責任に関する裁判例・仲裁判断例については、UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL: Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: 2016 Edition, Art. 35 para 17 (http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf).

31) もっとも、このような学説と裁判例・仲裁判断例に対しては、ドイツ民法典363条(債権者が給付を履行として受領した場合、給付が不完全であることの証明責任を債権者が負う旨を定めている)の規律内容をウィーン売買条約の解釈として持ち込むものである——つまり、特定の法秩序に引きつけて条約を解釈しようとする“homeward trend”である——という批判が投げかけられている(Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 7. Auf., 2016, CISG Art. 35, Rn. 45 (-Georg Gruber)). 売買契約法の統一の要請を過剰に思えるほど強調する論者の見解ですらこのような批判を免れることができないという事実は、条約の「自律的な」解釈の必要性が叫ばれる中、法律家が特定の法秩序を離れて統一法というテキストを解釈することが果たして本当に可能なのか、興味深い問題を提起しているように思われる。ホノルドの次の著名な警句がここでも当てはまるのかもしれない。The mind sees what the mind has means of seeing (Honold, *supra* note 7, at 1).

32) BGH, 9.1.2002, CISG-online 651 = NJW 2002, 1651.

論じている³³⁾。

さらに、フレヒトナーは、証拠への近接性を理由に、不適合性を売主が知り、または知らないことはありえなかったことの証明責任（40条参照）が売主に課される場合があることを認めたBGHの判決³⁴⁾についても、批判的に検討している。つまり、上述のとおり、証拠への近接性という基準がドイツ以外の裁判手続において適切に機能するとは限らないところ、BGHはそのような問題をそもそも意識することなく、自国の手続のみを念頭に置いて判断を下しているが、フレヒトナーによると、そのようなBGHの態度は自国法に引きつけて条約を解釈しようとする”homeward trend”にほかならないのである³⁵⁾、³⁶⁾。

IV. ウィーン売買条約における証明責任の規律とその意義

ここまで見てきた議論は、ウィーン売買条約を通じて売買契約法の統一を図ろうとする動きと、同条約の適用が各国の裁判所に委ねられているために生じる限界のせめぎ合いを示しており、私法分野における法統一を考えるにあたって、それ自体として非常に興味深いものだけということが出来る。

さらに、ウィーン売買条約における証明責任の規律をめぐる議論は、統一法、各国法、および、当事者が締結する契約の三者の相互関係を考えるにあたって、これまで必ずしも意識されていない問題を提起していると思われる。そのことを示してくれる議論として、次に、アメリカの契約法理論家であるスコットとトリアンティスの議論を紹介したい。

1. 契約デザインに関する Scott & Triantis の議論

スコット (Robert E. Scott) とトリアンティス (George G. Triantis) は、2006年に

33) 以上について、Flechtner, *Selected Issues*, *supra* note 19, at 104; Honnold/Flechtner, *supra* note 17, at 88-90.

34) BGH, 30.6.2004, CISG-online 847 = NJW 2004, 3181.

35) Flechtner, *Notice of Lack of Conformity*, *supra* note 19, at 466-470; Honnold/Flechtner, *supra* note 17, at 88-92.

36) クレルらの議論が論理的であることを認めつつも、証明責任に関する統一的な準則を導き出すことの困難さや、証明責任が他の手続的な問題と不可分なものであることを理由に、フレヒトナーと同様、ウィーン売買条約が証明責任についても規律していると考えることに反対するものとして、CLAYTON P. GILLETTE & STEVEN D. WALT, *THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS* 262-268 (2016) がある (CLAYTON P. GILLETTE & STEVEN D. WALT, *SALES LAW: DOMESTIC AND INTERNATIONAL* 270-276 (3d. ed., 2016) も参照)。

公表した論文³⁷⁾において、契約締結する当事者が、front-endの費用——契約をドラフトする際の取引費用 (transaction cost) と、back-endの費用——裁判を通じて契約を実現・執行する費用 (enforcement cost) という、2つの時点における費用のトレードオフを踏まえて、契約を設計・デザインすることを描き出している。

まず、相手方と交渉をして、契約のドラフティングを行なうという front-endの費用に着目すると、当事者としては、契約を締結する際にはあいまいな条項 (vague terms) を定めておき、紛争解決を図る際に必要となる契約の内容確定・補充を裁判所にゆだねるほうが安価である。これに対して、裁判所による契約の内容確定・補充にともなう不確実性や、裁判所が誤った判断をすることにもなう費用などといった back-endの費用に着目すると、契約に詳細な条項 (precise terms) を定めておくほうが望ましいことになる。経済理論の影響を受けた契約法学者には、もっぱら後者の費用に着目し、裁判所があいまいな条項を補充することに批判的な立場をとるものが少なくない³⁸⁾。しかし、スコットとトリアンティスによると、両費用はトレードオフの関係にあるのであって、いずれか一方の費用のみに着目するのでは十分でない。スコットとトリアンティスは、実際の契約書にあいまいな条項と詳細な条項を組み合わせたものが数多く存在することを、両費用のトレードオフをにらんだ当事者による契約の設計・デザインという観点から説明しようとしている³⁹⁾。

このような観点から、スコットとトリアンティスが着目するのが、back-endの費用を低くするために手続的な条項が契約書に定められていることが少なくないという事実である。すなわち、契約を締結する当事者としては、紛争の解決を専門家に委ねるべく仲裁条項を置いたり、証明責任や証明度に関して特約を定めたりすることによって、裁判所のエラーコストなどを低くすることができる可能性がある。こうして back-endの費用を低くすることが可能であれば、当事者としてはさらに、契約の内容確定・補充を裁判所にゆだねるあいまいな条項を定めて、front-endの費用の節約もはかることが可能になるのである。

具体的な規定に即していうと、先ほどビアンカの議論に即して触れたとおり、UCC 2-607条4項は、物品が受領された後、違反を証明する責任は買主が負う旨を定めている。

37) Robert E. Scott & George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, 115 *Yale L.J.* 814 (2006) (*hereinafter*, *Anticipating Litigation*). Robert E. Scott & George G. Triantis, *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, 56 *Case W. Res. L. Rev.* 187 (2005) も参照。

38) 新形式主義 (new formalism) とも呼ばれる、このような契約法理論の潮流については、吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣・2014年) 138頁以下を参照。

39) Scott & Triantis, *Anticipating Litigation*, *supra* note 37, at 851-856.

しかし、このような証明責任の分配は、裁判所が契約違反の有無に関する判断を誤る可能性や、裁判所の能力の限界に乗じて当事者が機会主義的な主張をする可能性などを考慮すると、当事者にとっては最適なものでない可能性がある。そのような場合、当事者としては、契約違反の証明責任や証明度に関して UCC の規定とは異なる定めを置いたり、預託金の提供や代金の前払いなどによって、いずれの当事者が原告になるかを操作したりすることを通じて、裁判所が誤ることにともなう費用を低くすることが考えられる。こうして back-end の費用が低くなると、当事者としては、目的物の性質についてあらかじめ詳細に定めておく必要性が低くなり、取引慣行を指示するなどといったあいまいな条項を定めおくとどめて、契約のドラフティングに必要となる front-end の費用を節約することが可能になるのである⁴⁰⁾。

2. 証明責任をめぐる議論の意義

以上のようなスコットとトリアンティスの議論を踏まえると、証明責任がウィーン売買条約の規律の対象であるか否かという議論は、法統一をどこまで進めるかという問題に尽きない意義を有しているといえることができるだろう。

まず、証明責任がウィーン売買条約の規律の対象であると考えられる通説的な見解は、front-end の費用にかかわる売買当事者の実体的な権利義務だけでなく、back-end の費用にかかわる証明責任についても同条約が規律していると主張していることになる。そして、論者が意識しているかは定かでないものの、このように考える場合、同条約の規定の任意性 (6 条) からして、当事者には証明責任の所在を自由に変更することが認められると考えられる⁴¹⁾。したがって、契約を設計・デザインする当事者としては、学説・裁判例において示されている上述の証明責任に関する諸準則を踏まえつつも、契約において異なる定めをすることを通じて back-end の費用の節約をはかることができる。このようにすることによって、さらに契約のドラフティングのための front-end の費用を低くすることができるという事実は、ウィーン売買条約の規定には抽象的なものが多いことを踏まえると、重要な意味をもっていると考えられる。

これに対して、証明責任はウィーン売買条約の規律の対象ではないという理解の下では、当事者としては、front-end の費用にかかわる同条約の規律だけでなく、back-end の費用

40) 以上について、Scott & Triantis, *Anticipating Litigation*, *supra* note 37, at 866-871.

41) もっとも、ウィーン売買条約は契約条項の有効性を規律の対象とはしていないため (4 条 (a))、証明責任に関する合意について加盟国法に強行的な規律がある場合には当該規律の適用は排除されない。

にかかわる証明責任などに関する準拠法の内容も踏まえて契約を設計・デザインすることになる⁴²⁾。当然のことながら、後者の内容は各国において異なる可能性がある。このことを加盟国の側から見ると、証明責任などに関する規律を定めることを通じて、back-endの費用に影響を及ぼし、ひいては当事者が締結する契約の内容に影響を及ぼす可能性があることを意味している。

以上のように、ウィーン売買条約における証明責任の規律という問題は、決して手続的な問題にとどまるものではなく、当事者が締結する契約の内容に影響を及ぼすもの——その意味で契約の規制・制御にかかわる問題——でもあると考えられるのである。このことを踏まえて、今後の検討課題としてここでは次の2点を指摘しておきたい。

まず、当事者の取引を支援・促進するという観点からすると、証明責任に関する規律を、ウィーン売買条約の継続形成と加盟各国における立法・法形成のいずれにゆだねるのが望ましいのかという点が問題となる。統一法を採択するのと各国法の間競争によるのでは、いずれが効率的なルールを産み出すことになるのかという点が議論されているが⁴³⁾、ここでは、統一法の存在を前提とした上で、学説・加盟国の裁判所による統一法の継続形成と各国法による規律の優劣という、より複雑な検討課題が問題となっている。

さらに、各国がどのように契約の規制・制御を行なうのかという観点からすると、証明責任がウィーン売買条約の規律の対象であると考えられる場合、加盟国としては強行的な規律を定めて当事者の合意を制限するほかない。これに対して、証明責任の規律が各国法に委ねられているとすると、加盟国としては、様々なデフォルト・ルールを定めるなど、多様な選択肢を有することになる。ここでは、契約の規制・制御に関して、統一法と各国法が

42) 例えば、日本法の民事訴訟法においては、証明責任に関する合意など、事実の確定方法に関する当事者の合意も広く有効であると解されている（高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下〔第2版補訂版〕』（有斐閣・2014年）67頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第5版〕』（有斐閣・2016年）362頁など）。

43) ウィーン売買条約に関して、Clayton P. Gillette & Robert E. Scott, *The Political Economy of International Sales Law*, 25 *Int. Rev. Law Econ.* 446, 480-485 (2005) は、同条約の規定が締約国の妥協の結果として非常に抽象的なものになっていることなどを踏まえて、各国法の競争に国際売買法の規律をゆだねるほうが望ましく、同条約は競争において負けることになるだろうと論じている。これに対して、スコットとトリアンティスの議論を手がかりに、同条約の規定の抽象性を擁護するものとして、H. Allen Blair, *Hard Cases Under the Convention on the International Sale of Goods: A Proposed Taxonomy of Interpretative Challenges*, 21 *Duke Journal of Comparative & International Law* 269 (2011) がある。

以上のようなアメリカにおける議論に対して、ドイツでは、契約法に関しては、会社法や租税法とは違って、法秩序間の競争が成立する前提がみだされていないと考える論者が多いように見受けられる。Eva-Maria Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt*, 2002, S. 275ff.; Stefan Vogenauer, *Regulatory Competition Thorough Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence in REGULATORY COMPETITION IN CONTRACT LAW AND DISPUTE RESOLUTION* 287 (Horst Eidenmüller ed., 2013) など。

どのように機能・役割を分担するのが望ましいのか、国境を超える契約のガバナンスのあり方が問われているのである。

V. 最後に

本稿では、証明責任がウィーン売買条約の規律の対象であるのかという問題に関して検討を行なった。同条約に関する日本の文献においては、ドイツ語圏の文献の影響が強いためか、証明責任も同条約の規律の対象であることは当然であると考えられてきたように思われる。しかしながら、フレヒトナーが正当に指摘するとおり、ウィーン売買条約が世界の統一法であるとするならば、日本の論者が暗黙の裡に前提としてきたものとは異なる民事訴訟制度の下でも妥当する規律が模索されなければならないはずである。もっぱら観察・摂取の対象とみるのとは異なった態度をもって統一法にアプローチすることが求められているといえる。

さらに、本稿では、証明責任をめぐる議論が、私法の統一をどこまで図るべきかという問題にとどまるものではなく、国際売買契約の規制・制御を、誰が（主体）、どのように（方法）行なうべきなのかというより大きな文脈の中で把握されるべきものであることを指摘した。改めていうまでもなく、こうした視点は、ウィーン売買条約だけでなく、その適用が各国の裁判所などにゆだねられている、法統一へ向けた各種のイニシアティブにも妥当するものである。本稿における極めて初歩的な検討が、私法分野における法統一のあり方について、従来とは異なった観点から分析を進める手がかりとなれば幸いである。

本稿は、JSPS 科研費（課題番号 16H03543・16K03398・17H00961）の助成を受けた研究成果の一部である。